Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv
für die
civiliſtiſche Praxis.

Erſter Band. Drittes Heft.

XXIII.

Ueber das Erlöſchen alternativer Forderungsrechte 1).

Von
Dr. S. Zimmern, Privatdocent des Rechts an der Univerſität zu Heidelberg.

Es bezweckt dieſe Abhandlung eine geſetzlich begründete ſyſtematiſche Darſtellung zur Entſcheidung der Fälle, welche durch den Untergang alternativ verſprochener Species inſofern

1) Vergeblich ſtrebte der Verfaſſer nach der Einſicht folgender Schriften: J. A. Kurrer, de obligatione alternativa; Tub. 1688. J. G. Chladenius, de jure debitoris circa electionem in caussis alternat. Viteb. 1725. S. F. Willenberg, de oblig. alternat. Ged. 1731. T. J. Reinharth, de jure elegendi ex oblig. alternat. Erf. 1774. Indeſſen haben ſie ſchwerlich ihren Gegenſtand gründlich behandelt. So viel vermag ich mit Gewißheit zu ſagen, daß J. N. Hert, de electione ex oblig. alternat. debitori debita, (opusc. Vol. 1. T. 3), von dem Inhalte des gegenwärtigen Verſuchs einer wiſſenſchaftlichen Bearbeitung dieſer auch für die Praxis wichtigen Lehre faſt nichts enthält.

entſtehen, als dabei entweder I. nur Zufall, II. auch Schuld, und zwar dieſe 1. von Seiten des Schuldners, und 2. des Gläubigers, oder III. nur Schuld von beiden Seiten mitwirken, und dabei jenem oder dieſem das Wahlrecht zuſtehen kann.

Dieſe verſchiedenen Fälle möchten ſich am zweckmäßigſten durch nachfolgende Unterſcheidungen erſchöpfend darſtellen.

I.

Caſueller Untergang ohne irgend eine Concurrenz von Schuld.

Wenn hier zwiſchen beiden Objecten, welche Gegenſtand der alternativen Forderung ſind,

1) der Schuldner das Wahlrecht hat, und es geht unter

A) nur Ein Object — ſo iſt das noch vorhandene der Gegenſtand der Obligation. Ob es aber der Schuldner durch den Werth des Verlornen wieder auslöſen könne, darüber ſind die Meinungen getheilt. Daß der Creditor nur einfach zu klagen brauche, und das Reſtirende allein Gegenſtand der Obligation ſey, räumen zwar alle ein, jedoch einige [2]) mit der Einſchränkung, „es ſtehe doch dem Schuldner als beneficium zu, den Gläubiger mit der Aeſtimation des Untergegangenen zu befriedigen.“ Da man ſich aber hierbei meiſtens nur auf die Worte der L. 47. §. 3. D. de leg. I. (30) „fortassis vel mortui pretium“ ſtützte, ſo haben andere [3]) hierin eine Singularität bei Legaten geſucht, und deshalb ſich noch nicht befugt geglaubt, die übrigen allge-

---

1) Einige Gloſſatoren zu L. 2. §. 3. D. de eo quod certo loco. Bartoli comm. ad leg. 95. de solutt. Cujacius quaestt. Papin. Lib. 28. ad leg. 95. cit. (opp. ed. Neap. T. 4. p. 720.), Mendoza ad leg. Aquil. Lib. 1. cap. 4. sect. 3, (in Meermann thes. T. 2. p. 50).

3) Hert. Diss. cit. Sect. 3. §. 4. Thibaut, Pand. §. 85. und Note *.

mein sprechenden Gesetze [4]) zu modifiziren, während Noodt [5]), nach seiner bekannten Weise, jene Worte ohne alle handschriftliche Unterstützung geradezu für unecht erklärt, während die Glosse [6]), unter andern für „philosophicum temperamentum“ hält [7]). — Von der Richtigkeit der ersten Meinung vollkommen überzeugt, will ich es versuchen, sie besser, als bisher geschehen, zu begründen. Es ist zuvörderst als eine im Allgemeinen richtige Bemerkung bekannt, daß die Römer zwischen wirklich alternativen Forderungen, wobei in der einfachen Klage eine pluris petitio liegen würde, und solchen Obligationen unterscheiden, welche an sich eben so wie die Klage nur einfach sind, dem Beklagten aber frei stellen, durch Leistung eines andern Objects, welches, wie sie sich ausdrücken, in solutione ist, von der Leistung des Geforderten zu befreien [8]). — Nicht minder bekann ist, daß wir in unserer Compilation oft ganz allgemeine und

---

4) L. 32. pr. de cond. ind. (12. 6). L. 2. §. 3. de eo quod certo (13. 4.) L. 36. §. pon. de contr. empt. (18. 1). L. 10. fin. De jure dot. (23. 3). L. 16. pr. de V. O. (45. 1), welches letzte Gesetz zwar nicht vom Untergange, aber von dem gleichgestellten Falle spricht, daß die Sache aus irgend einem andern Grunde in die Hände des Creditors kam, vergl. A. Faber, Conject. Lib. 2. cap. 15.

5) Ration. ad leg. 55. ad leg. Aq.

6) Ad leg. 47. §. 3. de leg. I.

7) Matth. Magnus ration. et differentiar. jur. civ. libr. 1. cap. 16. (Meermann, thes. T. 3. p. 284) sucht sich dadurch zu helfen, daß er willkührlich eine mora des Erben vor des Sklaven Tod subintelligirt.

8) L. 44. §. 5. D. de O. et A. (44. 7). „Si ita stipulatus sim, si fundum non dederis, centum dare spondes? sola centum in stipualtione sunt, in exsolutione fundus.“ L. 128. fin. D. de V. O. (45. 1). L. 72. §. 4. D. de solutt. (46. 3). Carpzov, defin. forens. II. 29. 18. Thibaut Pande §. 84.

unbeſchränkte Entſcheidungen durch andere Stellen reſtringiren müſſen, um nicht in unauflösliche Widerſprüche verwickelt zu werden. Daher ſagt Javolenus (in L. 202 de reg. jur.) „Omnis definitio in jure periculosa est, rarum est enim ut non subverti possit.“ Und das iſt nicht allein natürlich, ſondern gar nicht anders möglich bey einer Methode, wie die der römiſchen Juriſten, welche nicht durch philoſophiſche Abſtractionen, ſondern an concreten Fällen ihre Theorien bildeten. Denn wer vermag dabei ſogleich aller möglichen Modificationen zu gedenken! Treffende Beiſpiele hiervon findet man in einer ſchönen Erörterung Thibauts [9] über dieſen Punkt. Diejenige Stelle nun, worin für unſere Materie die allgemeine Beſtimmung, „der Schuldner müſſe das übergebliebene Object herausgeben,“ dahin näher beſchränkt wird, „inſofern er es nicht durch die aestimatio des Verlornen auslöſe,“ iſt die ang. L. 47. §. 3. D. de leg. I.

Ulpian Lib. XXII. ad Sabin.

Sed si Stichus aut Pamphilus legetur, et alter ex his vel in fuga sit, vel apud hostes: dicendum erit praesentem praestari, aut absentis aestimationem: totiens enim electio est heredi committenda, quotiens moram non est facturus legatario. Qua ratione placuit, et si alter decesserit, alterum omnimodo praestandum: fortassis vel mortui pretium. Sed si ambo sint in fuga, non ita cavendum, ut si in potestate ambo redirent, sed si vel alter et vel ipsum, vel absentis aestimationem praestare.

Den Ausdruck fortassis erklärt Mendoza [10] recht gut durch „si fortassis malit heres id praestare, quam ip-

9) Civil. Abhandl. S. 185. folg.

10) L. c. p. 49.

sum servum superstitem.“ Daß die Worte echt ſind, lehrt, außer der Uebereinſtimmung der Lesarten, auch Vor- und Nachſatz, welche im Falle der Abweſenheit des einen Sklaven ein Gleiches geſtatten. Aber grade hier bei Legaten, wo eben deshalb die Gegner (nämlich diejenigen, welche mit dem critiſchen Waſſer nicht allzu kühn ſind) wenigſtens ausnahmsweiſe jene Beſchränkung einräumen, haben wir eine Stelle, die eben ſo allgemein, wie die in der Note 4 angeführten Fragmente den Schuldner zur alleinigen Präſtation des Ueberbliebenen verpflichtet, nämlich L. 11. §. 1. de leg. II. (31). Ponponius ſpricht hier vom Waldrechte des Erben bei Ausbezahlung eines Legats, und fährt fort:

— — Si ante diem legati cedentem alter mortuus fuerit, alter qui supererit in obligatione manebit.

Daß demnach die übrigen Fragmente, auch wo ſie nicht von Legaten handeln, ſo reſtringirt werden können, mithin die immer mißliche Annahme einer Singularität unnöthig iſt, leidet wohl jetzt ſchon keinen Zweifel. Daß ſie aber auch ſo erklärt werden müſſen, ergiebt ſich aus Folgendem.

Es iſt ſchon aus L. 95. §. 1. de solutt. (46. 3.) bekannt [11]), und unter II. 1. A. a. näher zu erörtern, daß der Schuldner, dem das Wahlrecht zuſteht, und von beiden Objecten das Eine culpos vernichtet, zwar auf Herausgabe des andern belangt werden konnte, doch aber durch den Werth des Vernichteten ſich befreien durfte, wenn dieſer nicht geringer war. Der Schluß a majori ad minus ergibt mithin ſchon, daß wenigſtens dieſe Modification da gleichfalls zugelaſſen werden müſſe, wo der Debitor das eine Object ſogar ohne Schuld verlor. Weil es aber natürlich iſt, daß dieſer noch beſſer geſtellt werde, als jener, welcher ſich die-

11) Thibaut, §. 85.

ſes Objects durch eigene Schuld beraubte, ſo werden wir ſchon dadurch auf die Anſicht geführt, daß die dort nur im Falle des gleichen oder höhern Werths gegebene Erlaubniß in unſerm Falle unbeſchränkt eintrete. Aber es ſagt auch L. 95. §. 1. cit. ausdrücklich, daß im vorliegenden Falle, wo der Debitor das Eine culpos vernichtete, darum die Befugniß zur Hingabe der aestimatio im Falle des Minderwerths verſagt ſey, weil hierin eine Strafe des Schuldners zu Gunſten des Creditors liege [12]). Mithin iſt es eine nothwendige Folge, daß mit der Culpa auch die Strafe, alſo jene Limitation, wegfallen müſſe, und der Creditor jene Begünſtigung (wie dies ausdrücklich genannt wird) nicht auch aus dem reinen Zufall ableiten dürfe. Da nun in einem Falle (bei Legaten) die Nothwendigkeit unſrer Reſtriction außer Zweifel iſt, ſo kann deren unbedingte Zulaſſung auch in andern Fällen keinem Bedenken weiter unterworfen ſeyn. Durch dieſes Reſultat fällt nicht nur jede Annahme einer Singularität hinweg, ſondern auch alles, ſelbſt das Verhältniß von Caſus und Culpa in dieſem Punkte, gelangt zur vollkommenſten und und conſequenteſten Harmonie.

Daß die in L. 95. §. 1. cit. auch dem culpoſen Schuldner gegebene Befugniß ebenfalls ein beneficium iſt, während die Klage nur auf das vorhandene Object geht, beweiſen die folgenden Worte Papinians, „es ſey, wenn auch nachher das zweite caſuell untergehe, der Debitor nun eigentlich gar nichts mehr ſchuldig, und nur ex capite doli zu faſſen“ — folglich konnte jene Befugniß zur aestimatio nicht in der Obligation gelegen haben [13]). — Un-

---

12) — Neque defuncti offerri aestimatio potest, si forte longe fuit vilior, quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est.

13) Nicht treffend iſt es alſo, wenn ſich Faber Conj. l. c. darauf ſtützt, daß das petere des Werthes verboten ſey, mithin die Forderung nicht alternativ ſeyn könne, da bei einer ſolchen die einfache Klage pluris petitio wäre. Denn dies

ter den in der Note 4 angeführten Stellen läßt sich an dem Hauptgesetze, der L. 2. §. 3. D. de eo quod. (13. 4) sogar durch dieses selbst zeigen, daß sein Inhalt nicht einmal in seiner Allgemeinheit der mehr erwähnten Restriction widerspricht. Hier heißt es nämlich, oft stehe in des Schuldners Wahl, was, nicht aber, ob er schuldig sey; wer daher zwischen der Prästation zweier Sklaven wählen könne, dem entziehe der Tod des Einen sein Wahlrecht, damit seine Willkühr nicht auch darüber entscheide, ob er schuldig sey, indem er sich weigere, den Lebenden zu geben, als den einzigen Gegenstand seiner Schuld! — Daß dieser allein Object der Schuld und der Klage ist, bleibt auch wahr; denn müßte die Klage wirklich auch noch alternativ seyn (auf den Stichus oder den Pamphilius), so würde der Beklagte excipiren, „er wähle den Stichus, der aber ohne seine Schuld tod sey, mithin u. s. w.“ Darum, sagt Ulpian, müsse man annehmen, „daß auf den Ueberbliebenen allein geklagt werden könne.“ Allein die ausdrücklich angegebene ratio legis schließt es ganz und gar nicht aus, durch Erbieten zur aestimatio der geforderten Prästation zu entgehen, weil dann der Grund keine Anwendung findet, indem man nunmehr nicht der Schuld (dem „an debeat“) sich entzieht, sondern nur nach der Erlaubniß des Gesetzes selbst über das „quid debeat“ verfügt. Daß dieses Letztere nicht weiter ausgeführt wurde, ist insofern sehr begreiflich, als der Jurist diesen Fall nur beispielsweise zur Erörterung eines andern beim Wahlrechte des Orts angeführt hat, mithin weitere, hierauf nicht passende Expositionen ganz außer dem Plane lagen.

B) Beide Objecte gehn zufällig zu Grunde. — Da mit des ersten Vernichtung das andere einziger Gegenstand der Obligation war (denn die Auflösung ist ein nicht zu forderndes beneficium), so erlischt solche mit dem zweiten

---

wird alles zugegeben, und dem Schuldner eine Erlaubniß nur in solutione gestattet.

Objecte gänzlich, mithin verliert der Schuldner dadurch ein Object das andere der Gläubiger, wobei es denn auch keinen Unterschied macht, ob sie nach einander oder zu gleicher Zeit untergehen [14]).

2) Der Gläubiger hat das Wahlrecht, und

A) Eine Species vernichtet den Zufall — dann kann der Gläubiger natürlich die andere fordern, aber für die zufällig verlorene weder Ersatz verlangen, noch ihn anzunehmen genöthigt seyn [15]).

B) Es gehen beide Objecte zu Grunde. — Hier ist das ganze Forderungsrecht erloschen [16]).

II.

Bei der Vernichtung ist Culpa (im weitern Sinne) vorhanden, und zwar

1) Nur von Seiten des Schuldners, welcher

A) das Wahlrecht hatte. Ist hier

a) Ein Object vernichtet, während das andere übrig bleibt, so gibt, wie schon bemerkt wurde, L. 95. §. 1. de solutt. dem Gläubiger zwar das Recht, allein auf das Uebrige zu klagen, dem Schuldner aber die Erlaubniß, statt dessen den Werth des Vernichteten zu geben, sofern er nicht geringer war. Dies scheint auffallend, ist aber gerecht und billig. Denn der Schuldner konnte ja ein besonderes Interesse haben, gerade dieses Object sich zu erhalten, während er das andere unvorsichtiger Weise zu Grunde gehn ließ. Da er nun ohnehin das Wahlrecht hatte, so wäre es hart, ihm zu versagen, daß er den Creditor da, wo das erstere Objekt keinen geringern Werth hatte (also dieser gar nicht lädirt wird) durch aestimatio entschädige. Der Einwand, daß auch des Creditors Affection auf das eine Object gerichtet seyn konnte, ist hier unpassend, indem er ja, da ihm das Wahlrecht

14) L. 18. §. 6. de contr. empt. (18. 1).
15) L. 18. §. 6. cit. in fin. L. 95. pr. de solutt. (46. 3).
16) L. 18. §. 6. fin. cit.

nicht zustand, dennoch des Schuldners Willkühr Preis gegeben, folglich nicht, wie dieser im Stande oder berechtigt war, gerade das Eine zu wählen, daher auch nicht lädirt ist, wenn er es entbehrt. Aus des Schuldners zufälliger Nachlässigkeit darf er sich einen solchen Vortheil nicht ersehen, muß sich also billiger Weise mit einem so vollen Ersatze begnügen, als für die Vernichtung dessen, was einem andern gebührt, gesetzlich geordnet ist. —

Aber eine andere Frage entsteht, „ob gerade das vernichtete Object so viel als das übrig gebliebene werth gewesen sey mußte, oder ob es genüge, wenn der Schuldner nur die höhere Summe, sogar für das minder Werthe, zahle.“ Mit der matten Antwort, daß das Gesetz nur vom Werthe des Gegenstandes spreche (defuncti aestimatio, si forte longe fuit vilior), welche doch immer singuläre Bestimmung nicht auszudehnen sey, wäre die Frage leicht entschieden. Allein es läßt sich dies auch durch Vernunftgründe rechtfertigen. Man nehme an, es hätte jemand auf das minder Werthe eine besondere Affection, und veranlaßte den Besitzer zur Eingehung einer alternativen Obligation, die zwar diesem das Wahlrecht, jenem aber die Hoffnung gewährt, den gewünschten Gegenstand (wegen seines geringeren Werths) zu erhalten. Hier blos mit einem gleich Werthen sich befriedigen zu lassen, wäre dem Gläubiger sehr unwillkommen. Hätte dagegen das (nachher vernichtete) Object einen gleichen oder höhern Werth, so konnte der Creditor nicht vermuthen, gerade jenes zu erhalten, und findet sich in seinen Erwartungen auch nicht getäuscht, wenn er statt dessen nur seinen Werth erhält.

b) Beide Objecte gehen unter

α) zu verschiedenen Zeiten, und zwar

A) Nur das erste durch des Schuldners Culpa, das zweite durch Zufall. — Hier war nach Vernichtung des ersten nur das letzte Gegenstand der Forderung, und eben deshalb auch jene Vernichtung nicht unerlaubt, da der Schuldner wählen durfte, so daß nun mit des letzten zufälligem Un-

tergange ſtreng genommen das ganze Forderungsrecht erlöſchen mußte. Aber da des Schuldners Unrecht ſeinen Gläubiger nicht ungeſtraft beeinträchtigen ſoll, ſo trifft ihn nach cit. L. 95. §. 1. de solutt.[17]) die actio doli. So iſt es hier, wo von Stipulationen die Rede iſt, weil das stricto jure Gültige nur aus dem dolus ſich angreifen läßt. Bei bonae fidei negotiis muß aber demnach nicht nur die Contractsklage eintreten; ſondern auch die bloße Culpa (im engern Sinne) zu deren Begründung genügen, weil erſt das den Forderungen der bona fides vollkommen entſpricht. Die Frage, „für welches Object im Falle verſchiedenen Werthes die Entſchädigung gegeben werden müſſe,“ beantwortet die Rückſicht auf dasjenige, was von beiden dem Gläubiger unrechtlicher Weiſe entzogen wurde. Das Unrecht beſteht nämlich darin, den Creditor der Gefahr des Caſus näher zu bringen, d. h. zu bewirken, daß, im Falle das Eine der Zufall vernichte, auch das andere dem Creditor entgehe. Nicht alſo das caſuell Verlorene, wofür der Debitor nicht in Anſpruch genommen werden kann, ſondern dasjenige, was jetzt allein hätte verlangt werden können, aber durch Schuld des Orbitors verloren ging, alſo das erſte, iſt einziges Object des Erſatzes.

B) Beide Objecte gehn durch Schuld des Debitors unter. — In der Vernichtung des letzten, als dem allein gebliebenen Gegenſtande der Obligation, liegt hier das eigentlich Unerlaubte, alſo Grund und Object des Erſatzes. Ob man ſich davon durch den Werth des erſten befreien dürfte, kann hier deshalb nicht in Frage kommen, weil dieſe

---

17) — — „Nullo modo ex stipulatu agi poterit: cum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem. Sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur.“ Trefflich iſt dieſe Stelle erläutert von Cujacius Quaest. Papin. Libr. 28. ad leg. cit. (Opp, t. 4. p. 719—722).

Erlaubniß nach II. 1. A. a. hier wenigſtens einen gleichen Werth des erſten vorausſetzt, wodurch die Sache irrelevant wird.

C) Das erſte geht zufällig, das zweite durch des Debitors Schuld zu Grunde. — In dieſem Falle war das Letzte der Gegenſtand der Obligation. Allein darf der Schuldner dafür den Werth des erſten geben? Wäre das zweite noch vorhanden, ſo ſteht ihm dies nach unſrer im Anfange gegebenen Ausführung frei: alſo folgt, daß, wenn er den auf den Werth des letzten klagenden Gläubiger durch den Werth des erſten befriedigt, dieſer durchaus nicht beeinträchtigt wird. Denn da ſich derſelbe im Falle der Exiſtenz des letzten mit jener aestimatio abfinden laſſen mußte, ſo beging der Schuldner durchaus kein Unrecht, indem er zerſtörte, was er nicht herauszugeben brauchte, inſofern und weil er auch jetzt das offerirt, womit ſich der Gläubiger ſchon vorher zufrieden geben mußte.

β) Zu gleicher Zeit [18]) veranlaßt der Schuldner den Untergang beider Objecte. — Hier iſt kein Grund, demſelben ſein Wahlrecht auch in Bezug auf den Erſatz zu verſagen. Zwar iſt es Unrecht, denjenigen, welcher auf die Sache ein Recht hat, unſrer eignen Culpa wegen mit deren Werth abzufinden: allein in Ermanglung andrer Hülfe muß ſich der Gläubiger mit dem begnügen, was geſetzlich zur Vergütung einer culpos zerſtörten Sache feſtgeſetzt iſt. Dagegen muß nach wie vor der Wahl des Schuldners überlaſſen bleiben, für welche von beiden er einſtehn wolle, da nicht hierin, gerade das Höhere zu geben, die Präſtation des Intereſſe geſetzlich beruht, noch weniger aber civiliſtiſch folgt.

B) Wahlrecht des Gläubigers, während

a) Ein Object vom Schuldner vernichtet wird, und das andere bleibt. — Hier behält natürlich der Gläubi-

---

19) Hierzu gehört immer (auch in den folgenden Erörterungen) der Fall ebenfalls, wenn ſich die verſchiedenen Zeiten nicht ausmitteln laſſen.

ger zwiſchen dem Ueberbliebenen und der aestimatio des andern die Wahl.

b) Beide Objecte gehn unter, und zwar

α) Zu verſchiedenen Zeiten, ſo daß

A) nur der Untergang des erſten dem Schuldner, der des andern dem Zufall zur Laſt fällt. Hier macht der zufällige Untergang, daß allein für das erſte Erſatz gefordert werden kann.

B) Beide gehn durch des Debitors Culpa unter, ſo hat nun der ſchuldloſe Creditor natürlich noch die Wahl, während er, falls

C) das erſte caſuell, das andere culpos unterging nur letzteres fordern kann, dagegen wenn

β) Beide Objecte zu gleicher Zeit durch des Schuldners Culpa untergehn, das Wahlrecht des Gläubigers bleibt.

2) Nur auf Seiten des Gläubigers iſt Schuld beim Untergange, aber

A) Das Wahlrecht hat der Schuldner, und

a) Ein Object bleibt übrig. — Klar iſt hier ſo viel, daß es der Gläubiger nicht hindern kann, wenn der Schuldner das Vorhandene wählt, und für das Vernichtete Entſchädigung fordert. Allein daß es auch das einzige Object der Schuld und der Klage ſey, iſt zuvörderſt exegetiſch zu weiſen, dann durch Raiſonnement zu vertheidigen.

I. 55. D. ad leg. Aquil. Paulus libr. 22. Quaest. Stichum aut Pamphilum promisi Titio: cum stichus esset decem (millium), Pamphilus viginti, stipulator Stichum ante moram occidit. Quaesitum est de actione legis Aquiliae? Respondi, cum viliorem occidisse proponitur, in hunc tractatum nihilum differt ab extraneo creditor. Quanti igitur fiet aestimatio? utrum decem (millium), quanti fuit occisus: an quanti est quem necesse habeo dare, id est, quanti mea interest? Et

quid dicemus: si et Pamphilus desserit sine mora? Jam [19]) pretium Stichi minuetur, quoniam liberatus est promissor? et sufficiet fuisse pluris, cum occideretur, vel intra annum. Hac quidem ratione, etiam si post mortem Pamphili intra annum occidatur, pluris videbitur fuisse [20]).

Der Inhalt der Stelle iſt folgender. A verſpricht den Stichus, welcher 10, oder den Pamphilus, welcher 20 werth iſt, und hat das Wahlrecht. Vor eingetretener mora solvendi tödet der Gläubiger den Stichus. Für dieſen Fall [21]) macht es keinen Unterſchied, ob der Gläubiger oder ein Drit-

---

19) Die Lesart num, deren ſchon die Gloſſe gedenkt, wofür aber Gebauer nur Hal. citirt, iſt offenbar beſſer, wiewohl der Satz auf jeden Fall als Frage verſtanden werden muß.

20) Vergl. über dieſes Fragment Gujacius in Lib. 22. Pauli Quaest. ad leg. cit. (Opp. T. 5. p. 1139—1141), in Lib. 37. Quaest. Papin. ad l. 54. ad leg. Aq. (Opp. T. 4. p. 824).

21) „In hunc tractatum," d. h. im Gegenſatze mit dem Falle der L. 54. eod., worin nur von einer einfachen Verbindlichkeit die Rede iſt, welches Geſetz mit dieſem (wie ſchon Cuj. l. c. ad Paul. p. 1140. bemerkt) abſichtlich zuſammengeſtellt wurde. Denn macht hier der Gläubiger nach des Schuldners Verzug die Erfüllung der Obligation unmöglich, ſo hat er nur ſich geſchadet, und vor dem Verzuge, ſo hat er nur das Intereſſe zu präſtiren, was dem Schuldner der Beſitz und Genuß in der Zwiſchenzeit gewährte, während natürlich ein Dritter deshalb zum Erſatze des ganzen Werths (des vollen Intereſſe) — wenn auch nicht vom befreiten Schuldner, doch wenigſtens mittelſt actio de dolo vom beeinträchtigten Gläubiger (ſ. mein Syſtem der röm. Noxalklagen, §. 2) — genöthige werden kann. In unſerm Falle aber, wo noch ein anderes Objeet der Leiſtung übrig bleibt, ſoll der Gläubiger wie ein Dritter zur Zahlung des Intereſſe gehalten ſeyn, indem nun das Reſtirende, Gegenſtand der Obligation iſt.

ter den Stichus tödte, weil in beiden Fällen hauptsächlich das Interesse des Schuldners verletzt ist, welcher nun genöthigt ist (necesse habet), den Pamphilus zu geben, mithin gegen den Creditor so gut wie gegen jeden Dritten die actio legis Aquillae wegen des Stichus hatte. Nach diesen Prämissen untersucht nun Paulus, wie das Interesse berechnet werde, und entscheidet dahin, es genüge nicht am am Ersatze des Stichus, sondern die Aquil. Klage gehe auf den Nachtheil, welchen der Schuldner hat, nun den Pamphilus geben zu müssen, also auf dessen Werth. Aber wie wenn dessen zufälliger Tod nachher den Schuldner liberirt, sollte es nicht wenigstens jetzt am Werthe, des Stichus genügen? Nein, da die Berechnung des Interesse bei der Aquil. Klage vom Augenblicke der Verletzung an begründet ist, und zwar von da sogar ein Jahr (nach dem ersten Capitel[22]) rückwärts gerechnet wird. Daraus folgt, schließt Paulus, daß selbst wenn Stichus nach des Pamphilus zufälligem Tode vom Creditor getödtet wird, sofern nur nicht mehr als ein Jahr dazwischen lag, der höchste Werth verlangt werden kann, welchen, vom Tode des Stichus an gerechnet, Pamphilus hatte. Dieser letzte Punkt bleibt uns aber für den unter b. α. C. zu erörternden Fall vorbehalten. —

Wir sehen aus dieser Darstellung die streng civilistische Verfahrungsart der Römer, nach deren Ansicht die alternative Obligation durch Untergang des einen Objects zu einer einfachen wird, so daß selbst wenn der Creditor jenen Untergang bewirkt, seine Klage dennoch auf das Uebrige

22) Es versteht sich auch für das Folgende immer von selbst, daß was von einem Jahre gesagt ist, nach dem Inhalte des dritten Capitels auf einen Monat beschränkt werden muß. — Unsre Praxis verwirft übrigens diese Berechnung, da sie aber damit nur die poena, nicht die Prästation des Interesse ausschließt (Glück Comm. B. 10. §. 705), so bleibt das im Text Gesagte wenigstens bis dieser Note auch jetzt richtig. Wie sich das Uebrige gestaltet, s. unten unter b. α. A.

geht, und ihm nur volle Präſtation des durch ſeine unerlaubte That bewirkten Schadens obliegt. Damit iſt dem Schuldner aber nicht die Befugniß genommen, dem klagenden Gläubiger den Uebergebliebenen vorzuenthalten, und mit mit ihm auf den Vernichteten abzurechnen, was ſich hier in eine Aufhebung der Erſatzpflicht verwandelt. Denn dieſe Reſtriction, welche im Falle des caſuellen Untergangs nach I. 1. A. gemacht werden muß, kann hier, wo ihn ſogar der Gläubiger ſelbſt bewirkte, noch weniger verſagt werden [23]). — Im Falle der mehr Werthe getödet wäre, muß übrigens daſſelbe gelten, nur iſt die Berechnung viel einfacher, indem ſie blos auf den Getödeten ſelbſt beſchränkt bleibt, weil man hier kein (pecuniäres) Intereſſe hat, den andern zurückzuhalten. — Da unſer Geſetz übrigens zum Zwecke hatte, die aquiliſche Berechnung zu erläutern, ſo ſprach es allein von jenem erſten Falle, indem eine Erwähnung der zu Gunſten des Schuldners geſtatteten Beſchränkung für dieſen Zweck unnütz war.

Unſere Juriſten ſagen nun gewöhnlich, der Gläubiger müſſe ſich das von ihm culpoſe Vernichtete für empfangen anrechnen laſſen, wonach er alſo auf das Ueberbliebene gar keine Klage hätte, was nun zwar hier im Endreſultate gleichgültig iſt, ſo daß nur die Urſachen, und ſo zu ſagen der römiſch-civiliſtiſche Mechanismus überſehen werden, was aber für die unrer B. a. zu unterſuchende Frage auch practiſch wichtig wird. Das Geſetz, worauf man ſich ſtützt, iſt I. 105. fin. de V. O. (45. 1).

23) Auch Cujacius läßt dieſes zu, beſonders aber hebt Mendoza l. c. p. 49. seqq. dieſe in des Schuldners Wahl ſtehende Befugniß zur Compenſation hervor, mit der Bemerkung, daß es ja ſonſt in des Creditors Willkühr ſtehe, ſich gerade das gewünſchte Object (freilich gegen ſonſt unnöthige Zahlung des andern, das doch aber vielleicht dem unſchuldigen Debitor nicht feil war) zu verſchaffen. — Ausdrücklich ſagt auch L. 55. „nihilum differt ab extraneo creditor," indem es für den Schuldner hier wie dort nur Zufall iſt.

Javolenus libr. 2. epistolar.

Stipulatus sum, Damam aut Herotem servum dari: cum dares, ego, quo minus acciperem, in mora fui: mortuus est Dama: an putes me ex stipulatu actionem habere? Respondit, secundum Masurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse: nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quo minus id, quod debeat, solveret, continui eum debito liberari.

Hier hat allerdings der Schuldner das Wahlrecht, der Creditor verursacht wenigstens durch seine mora accipiendi den Untergang, und soll in der That keine Klage haben. Allein dies kömmt daher, weil der Schuldner durch offerirte Leistung seine Wahl wirklich getroffen hatte, mithin nur noch dies Object allein zu geben brauchte, dessen sich der Creditor nun durch seine mora (wie im Falle der L. 54. ad leg. Aq. durch seine Culpa) selbst beraubte. Diese an sich sehr natürliche Erklärung ist aber die gesetzliche selbst; denn nicht das gibt Javolenus als Grund seiner Entscheidung an, daß der Creditor genöthigt sey, sich die durch seine Culpa untergegangene Sache anrechnen zu lassen, sondern mit Berufung auf Masarius Sabinus, die ratio, daß der Debitor sich durch Zahlungserbietung liberirt habe, kurz nicht daß der Gläubiger in mora accipiendi (also selbst schuld,) sondern, daß der Schuldner nicht in mora solvendi war, und zwar nicht darum nicht, weil (wie in L. 55) die Zeit des Zahlens noch nicht eingetreten war, sondern weil der Schuldner wirklich offerirt, und sich damit von allen nachtheiligen Folgen der mora liberirt hatte. In L. 55. ist davon die Rede daß der Schuldner noch nicht zu offeriren brauchte, mithin seine alternative Obligation noch bei Kraft blieb, hier von dem Falle, da er wirklich offerirt, und somit schon für das Eine sich entschieden hatte. Vollkommen unterstützt diese

Ansicht L. 72 pr. de Solutt. (46: 3), es auf das klarste ausgesprochen ist, daß der gehörig offerirende Schuldner frei wird, nicht weil der Gläubiger den Untergang verschuldete, sondern weil der Schuldner das Seinige gethan, und auch frei gewesen wäre, wenn der Creditor angenommen hätte, dessen Weigerung mithin des Schuldners Lage nicht verschlechtern darf [24]).

Die ganze Entscheidung unsrer L. 55 ging von dem Vordersatze aus, daß der Schuldner nicht in mora war; was ist Rechtens, wenn diese im Gegentheil wirklich eintrat? Natürlich ist, und schon das arg. a contrario ergiebt, daß dann der Creditor besser stehen müsse, und dies beweist auch die Vergleichung des vorhergehenden Fragments, worin bei einer einfachen Obligation der Schuldner nach seiner mora die equil. Klage gegen den Gläubiger nicht mehr, wohl aber vor seiner mora auf das Interesse der Zwischenzeit hatte [25]). Was kann nun aber diese bessere Lage des Gläubigers seyn? Bisher hatte er das Recht, den Ueberbliebenen zu fordern, mußte aber dagegen den Vernichteten ersetzen; daß man ihm lieber dessen Werth anrechne, war zwar eine dem Schuldner gestattete Vergünstigung, konnte aber vom Gläubiger nicht verlangt werden: das Recht nun dieses fordern zu dürfen, muß es allein seyn, was der Creditor gewinnen kann, d. h. also Freiheit von der equil. Klage, in welchem Falle er aber freilich auf den Restirenden verzichten muß; da er unmöglich das Eine Object ungestraft zerstören, und noch das andere fordern darf. Aber sein altes Recht auf das Ueberbliebene kann ihm doch ebenfalls nicht durch des Schuldners mora entzogen werden, jedoch muß jener, sobald er dieses geltend macht auch wider die Gegenklage fürchten: wodurch sich nun das Resultat ergibt, daß es nicht mehr

---

24) Cf. L. 30 39. de solutt. L. 6. de doli excep. (44. 7.)

25) Vergl. oben Note 21. u. Cujac. in Lib. 37. quaest Papin. ad L. 54 cit. (Opp. T. 4. p. 823. seqq.).

in des Schuldners Willkühr ſteht, dem auf das Vorhandene klagenden Gläubiger die Compenſation zu bieten, mithin jener ſein Privilegium durch mora verwirkt hat, auf dieſen dagegen das Wahlrecht (zwiſchen Hingabe des gebliebenen gegen Erſatz und zwiſchen Compenſation) übergegangen iſt. Dies entſpricht auch vollkommen dem arg. leg. 54 cit. Denn da ſind die Folgen der mora, daß der Schuldner ſeinen Anſpruch auf Intereſſe verliert, was hier im Genuß der Zwiſchenzeit, im Falle der L. 55 aber darin beſteht, nicht auf den Pamphilus ausgeklagt zu werden, während man den Stichus hätte geben dürfen. Soll alſo der Schuldner dieſes Intereſſe nicht mehr geltend machen können, ſo muß das Wahlrecht von ihm auf den Gläubiger übergegangen ſeyn [26])

Dieſes Reſultat, welches ſich hier ganz unabhängig von der Frage, ob denn überhaupt mora solvendi das Wahlrecht auf den Gläubiger übertrage, gebildet hat, muß mit deren Entſcheidung von andrer Seite her in Uebereinſtimmung ſtehen. Viele nämlich bezweifeln dieſen Satz keineswegs [27]), wie denn auch für Einen Fall, die Wahl des Orts, in L. 2 § 3 D. de eo quod certo loco ausdrücklich entſchieden iſt, welche Beſtimmung aber andere [28]) darum für ſingulär, erklären weil ſie in andern Geſetzen das Gegentheil zu finden glauben. In

---

26) Mendoza. l. c. p. 50, 51. nimmt an, nach des Schuldners mora fiele die actio leg. Aq. gegen den Gläubiger weg, und das ſelbſt Zerſtörte gelte als empfangen; und auch Cujac l. c. ad Paul p. 1140 bemerkt, daß der Creditor nach des Schuldners mora ſich ſelbſt geſchadet habe. Nur war dies auch vorher der Fall, indem er ſich nun dort wie hier entweder auf Compenſation reducirt ſah, alſo nichts — oder das Vorhandene nur gegen Zahlung des andern bekam. Die mora solvendi gibt dem Creditor Vortheil, nämlich zwiſchen jenen beiden Fälle zu wählen.

27) Glück, B. 4. S. 417. Schweppe das römiſche Privatrecht, B. 2. §. 332.

28) Thibaut, §. 103. nr. 4.

L. 106 de V. O. (45. 1 heißt es nämlich vom Wahlrechte des Schuldners a. E.: „ tamdiu autem voluntas promissoris in pendenti est, quamdiu id quod promissum est, solvatur " und in L. 138 §. 1. eod.: „ Cum pure stipulatus sum, illud aut illud dari, licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo quod praestaturus sis: quia diversa causa est voluntatis expressae et ejus quae inest. " daraus müßte denn nun erst durch ein arg. a contrario geschlossen werden: «folglich verliert der Schuldner bis zur Zahlung in keinem Falle das Wahlrecht. «Wie mißlich aber solche Schlüsse in unsrer Compilation sind, ist hinlänglich bekannt, und daß auch dadurch die Restriction noch nicht ausgeschlossen ist, „ es sey denn daß der Debitor die Zahlung unrechtlicher Weise verzögert, " wird gewiß jeder zugestehen. Indem nun diese Modification in L. 2 §. 3 cit. wirklich für einen Fall sich findet, und wir aus casuistischen Entscheidungen der römischen Juristen die Regeln abstrahiren müssen, so wird schon dadurch die Sache sehr bedenklich. Dazu kömmt daß nichts natürlicher ist, als daß der Schuldner zwar bis zur Zahlungszeit das Wahlrecht habe, ohne doch aus seiner widerrechtlichen Verzögerung derselben Vortheil ableiten zu dürfen, eine Folgerung aus dem durchgreifenden römischen Princip, daß keiner durch seine eigene Culpa gewinnen soll. Warum also Singularitäten annehmen, um uns der Natur der Sache und dem Geist des positiven Rechts selbst entgegen zu stellen? Es wird aber auch schon durch L. 112 pr. eod. die allgemeine Vorschrift jener beiden Gesetze dahin beschränkt, daß es darauf ankomme, ob die Stipulation auf „ quem voluere " oder auf „quem volam " gefaßt war, weil nur im letzten Falle der Wechsel des Willens, und selbst da nur bis zur Litiscontestation, also schon wo es rechtshängig wird, nicht bis zur Zahlung erlaubt sey [29]). Wie also hier die Rechtshängig-

---

26) Bei Legaten ist nicht einmal in diesem Falle Aenderung des einmal erklärten Willens gestattet, wie diese sogleich Eigenthum

keit eine Ausnahme des allgemeinen Princips macht, warum soll nicht eine gleiche Beschränkung auch für den Fall widerrechtlicher Verzögerung gestattet werden? — Wenn man nebenbei noch dagegen anführt, daß es Justinian in §. 53 I. de actt. für ein pluris petitio erkläre, bei einer alternativen Forderung einfach zu klagen, so setzt doch erstens nicht jede Klage eine mora voraus, und daß sie ferner als Interpellation den Schuldner in mora versetzt, berechtigt den Gläubiger noch nicht, bei Anstellung der solches erst bewirkenden Klage Ein Object allein zu fordern, da doch in der That die Folgen der mora nur dann eintreten können, wenn der Beklagte nun trotz der interpellirenden Klage nicht zahlen sollte. Gesetzt aber auch, diese wäre erst nach der vom Creditor behaupteten mora erhoben worden, so muß sie doch alternativ angestellt, und zugleich darauf angetragen werden, daß der Richter wegen vorhergegangener mora ihm das eine zuerkennen möge, wo es dann erst noch darauf ankommen wird, ob auch der Richter des Creditors Ansicht theilt, und eine mora solvendi hierin erkennt, oder nicht purgirt, oder nicht wenigstens so viel findet, daß der Creditor unrechtlicher Weise die purgatio nicht mehr angenommen hätte. Einfache Klage bliebe auf jeden Fall unerlaubt, und wäre pluris petitio oder doch Urtheil in eigner Sache.

Wenn demnach mora solvendi die Wahl auf den Gläubiger bringt, so gehört alsdann der Fall zu B. a., wo wir also dessen Erörterung für unsern Zweck durch die hier unvermeidlich gewesene Untersuchung schon vorbereitet finden. Hier aber müssen wir nun, ohne die mora weiter in Frage zu bringen, unsern Fall dahin entscheiden: wenn der Schuldner das Wahlrecht hat, so kann und darf der Gläubiger nur auf das Restirende klagen, auch wenn er das erste selbst zernichtete, nur muß er sich gefallen lassen, daß der Schuldner dagegen sein

---

werden, L. 84. §. 9. de leg. I. (30). L. 11 §. 1 de. leg, II. (31). L. 10. de usu. et usufr. leg. (33. 2). L. 20. de option. leg. (33. 5).

volles Intereſſe geltend mache, oder auch das Ueberbliebene zurück halte, und jenen dafür von der Erſatzpflicht befreie.

b) Beide Objecte gehn unter (während der Schuldner noch die Wahl hat), und zwar

α) Zu verſchiedenen Zeiten, nämlich

A) Das erſte durch Gläubigers Schuld, das zweite durch Zufall. — Letzteres war bei ſeinem Daſeyn noch allein Gegenſtand der Forderung, welche mit deſſen caſuellem Untergange ganz erlöſchen muß. Die Replik, welche man dem Debitor dann machen konnte, wenn dieſer das erſte Object vernichtete, nämlich er dürfe den Gläubiger nicht der Gefahr des Zufalls näher bringen, kehrt ſich hier zu dem habeat sibi um. Allein hat der Schuldner, welcher ſo beide Objecte verlor, nun einen Anſpruch auf Entſchädigung? Vor Untergang des zweiten hatte er dieſen nach der vorigen Auseinanderſetzung allerdings, kann ihn mithin durch dieſen Caſus nicht verlieren, indem dadurch nur die obligatio ſo gut wie durch Zahlung getilgt iſt; ſo daß es allein dem Creditor zum Nachtheile gereicht, der nun ohne dieſen (durch Zufall verlornen) Vortheil, zum Schadenserſatze gehalten iſt. Daß und wie weit ihm aber dieſer Erſatz obliege, haben wir L. 55. sub fin. ad leg. Aq. ſchon bei der obigen Exegeſe geſehen, nämlich auf den Werth des Vernichteten, nebſt dem Intereſſe, welches der Schuldner hat, dieſen ſtatt des andern nicht mehr geben zu können, d. h. alſo blos auf den Werth des Vernichteten, wenn er mehr, blos auf den Werth des zur Zeit der Verletzung noch Vorhandenen, wenn jener minder werth war: und zwar nach römiſchem Rechte beide Werthe nicht nach dem Augenblicke der Zerſtörung berechnet, ſondern nach der größten Summe, die ſich durch aquiliſche Rückberechnung einmal ergiebt, wobei denn auch der nachher eintretende zufällige Untergang des zweiten die Summe nicht vermindert [30]). Beide Fälle mag ein Beiſpiel erläutern.

30) „Num pretium Stichi minuetur, quoniam liberatus est promissor? et sufficiet fuisse pluris cum occideretur, vel intra annum.“

Der Gläubiger tödtet am erſten März den Stichus, welcher zu dieſer Zeit 10 werth war, ſo daß der Schuldner nun ſtreng genommen auf den damals 20 werthen Pamphilus angeklagt werden kann. In dieſem Momente war der Creditor alſo nun ſeinerſeits für dieſe 20 verhaftet, ſo daß des Schuldners Verluſt, was er auch ſeinem Wahlrecht zufolge verlangen kann, nur 10 beträgt. Dieſe Entſcheidung iſt auch nach heutiger Praxis richtig (ſ. Note 22), nicht aber die folgende ſo weit ſie auf Rückberechnung beruht. Wäre nämlich Pamphilus etwa am 1ſten Januar 30 werth geweſen, ſo iſt dieſes die zu präſtirende Summe, dagegen umgekehrt, wenn Stichus, der zur Zeit der Tödtung minder werth war, irgend einmal in der geſetzlich mit zu berechnenden Zeit einen höhern Werth hatte, als je Pamphilus in derſelben, ſo war dieſer Werth Gegenſtand des Erſatzes. Wäre aber Pamphilus getödet worden und auch ſtets der mehr Werthe geweſen, ſo mußte für deſſen höchſten Werth die Entſchädigung gegeben werden; denn immer iſt der zu wählen berechtigte Schuldner um den höchſten Werth lädirt (verſteht ſich jedesmal ſofern er nicht das Uebrige lieber compenſirend behält). — Dieſe ſo begründete Pflicht ändert nun der nachherige auch noch ſo ſpäte Tod des Ueberlebenden nicht. Alſo verringert in dem geſetzlichen Beiſpiele der Tod des Pamphilus die für den Stichus zu zahlende Summe durchaus nicht, und es genügt dem Schuldner, daß die höhere Taxe des Stichus von der Zeit der Tödtung, ja ſogar von da ein Jahr rückwärts berechnet wurde (et ſufficiet etc. ſ. Note 30). Von der Zeit der Tödtung an muß auch unſre Praxis rechnen, denn da begründet ſich die Erſatzpflicht, bleibt aber nur auch bei dieſem Zeitpunkte ſtehen [31].

31) Es braucht wohl hier und für das Folgende nicht weiter ausgeführt zu werden, daß, wenn auch mit andern Klagen (de dolo, ex contractu etc.) Entſchädigung gefordert wird, die Principien dieſelben ſind, und nur nicht rückwärts gerechnet wird.

Immer war hier vorausgesetzt, daß das zweite Object zufällig unterging, also auch der Schuldner damit nicht in mora war (si et Pamphilus decesserit sine mora). Diese mora führt aber zu dem complicirten Falle der Culpa des Creditors auf der einen, des Debitors auf der andern Seite, welcher unter III. 1. B. seine Erledigung findet.

B) Auch das zweite Object geht durch Culpa des Gläubigers unter. — Natürlich ist auch hier die Obligation selbst erloschen. Dem gewesenen Schuldner steht seine beschriebene Entschädigungsklage wegen des ersten frei, während sich der Gläubiger des Letztern selbst beraubt [32]). Allein da der Schuldner, statt Entschädigung fürs erste zu fordern, auch das zweite Object behalten durfte, so wird er in dieser Befugniß dnrch des Gläubigers Schuld offenbar beeinträchtigt. Eine consequente Entscheidung muß folglich dahin gehen, daß auch jetzt noch dem Schuldner frei stehe, auf die aestimatio des ersten (nach der ausgeführten Berechnungsart) oder des zweiten zu klagen, und zwar römisch gerechnet nach dem höchsten Werth, welchen auch das Letztere einmal in der gesetzlichen Zeit rückwärts hatte. Welche Rechnung dann am meisten ergiebt, darauf ist der gewesene Schuldner nunmehr zu klagen befugt.

C) Zufall vernichtet das erste, Gläubigers Schuld das zweite Object. — Auch hier hat sich der Gläubiger den Verlust seiner auf das letzte Object beschränkt gewesenen Forderung selbst zuzuschreiben. Aber es kömmt noch (wie im vorhergehenden Falle) hinzu, daß der Debitor, welcher sich das Letzte durch die aestimatio des ersten erhalten durfte, nun den Creditor auch noch auf das plus seines Interesse belangen konnte, da dieser ihm sein gesetzlich begründetes Interesse nicht vereiteln durfte. Was mithin das Letzte vermöge aquil. (nach römischen oder heutigen Grundsätzen) veranstalteter Berechnung mehr werth war, als das erste zur Zeit seines Untergangs, hat der gewesene Gläubiger zu er-

32) Arg. L. 54. ad leg. Aq. „sedummodo sibi injuriam fecit.“

ſtatten. Und dieſes ſchon an ſich erwieſene Reſultat ergiebt ſich denn auch wieder aus den Schlußworten unſrer L. 55, welche bisher ſchon zu ſo vielen Reſultaten führte:

Hac quidem ratione etiam si post mortem Pamphili intra annum occidatur, pluris videbitur fuisse.

Der Fall iſt ſchon oben erzählt. Hier iſt wirklich Wahlrecht des Schuldners, caſueller Tod des Phamphilus, nachherige Tödtung des Stichus von Seiten des Creditors. War nämlich zwiſchen dem Tode beider noch ein Jahr verfloſſen, ſo kommen wir durch die rückwärts gehende Berechnung auf eine Zeit, da auch Pamphilus noch lebte, wodurch die Taxe des Stichus ſtieg, welche der culpoſe Gläubiger erſetzen mußte. Nur darf er ſich den Werth des Pamphilus (N. B. nach ſeiner letzten Zeit berechnet, da er zufällig ſtarb) abrechnen laſſen, eben ſo wie ihm der lebende Pamphilus gegen die abgeforderte aestimatio zugefallen wäre (qnanti est, quem necesse habeo dare). Sollte mithin des Pamphilus früherer Werth von der letzten Zeit nicht entſchieden geweſen ſeyn, ſo compenſiren ſich beide Forderungen. Denn wenn der Werth des Getödeten (letzten) auf ſeiner höchſten Stufe z. B. 20 betrug, der des zufällig Geſtorbenen eben ſo viel, ſo hebt ſich des Schuldners Beneficium für den Werth des letzten den des erſten zu bieten von ſelbſt, eben ſo wenn erſterer mehr beträgt. Dabei iſt es nun auch für das Princip gleichgültig, ob die Zeit des aquiliſchen Geſetzes zwiſchen dem beiderſeitigen Untergange der Objecte in der Mitte lag oder nicht. Denn deſſen wurde nur in L. 55. gedacht, um auf die ſonderbare Berechnung aufmerkſam zu machen, welche ſelbſt des Todten Werth noch in Anſchlag bringt, wenn ſein Leben in die von der Tödtung des andern rückwärts zu berechnende Zeit gefallen war. Wäre aber heute der Sklave A geſtorben und nach 2 Jahren der Sklave B vom Creditor getödet worden, ſo fordert der geweſene Schuldner den höchſten Werth, welchen B im letzten Jahre

hatte, wovon er ſich aber den Werth des A zur Zeit ſeines Todes abrechnen laſſen muß, während jede Forderung erliſcht, wenn aus dieſer Berechnung dennoch wenigſtens ein gleicher Werth des A ſich ergiebt. Nach heutiger Praxis kann alſo auch für den B nur der Werth gefordert werden, welchen er zur letzten Zeit hatte, wobei es mithin gleichgültig iſt, wie lange nach dem Tode des A der ſeinige eintrat, wiewohl darum nicht immer vollſtändig compenſirt wird, da ja der Eine Sklave (B) ſchon an ſich in der letzten Zeit mehr werth ſeyn konnte als der andre.

β) Der Gläubiger vernichtet beide Objecte zu gleicher Zeit. — Hier muß dem geweſenen Schuldner vermöge ſeines Wahlrechts frei ſtehn, wofür er entſchädigt ſeyn wolle.

B) Der Gläubiger hat das Wahlrecht, und vernichtet

a) Ein Object. — Das er ſich ſolches als empfangen anrechnen laſſen kann, iſt außer Zweifel, da er nun wählen konnte, mithin nur ſich ſchadete. Aber muß er ſich zufrieden geben, d. h. kann er nicht vermöge ſeines Wahlrechts dem Schuldner die aestimatio des Vernichteten offeriren, und dagegen das Ueberbliebene fordern? Nach Analogie unſrer L. 25. ad l. Aq. kann er dies ohne Zweifel. Denn wenn ſogar in dem Falle, da der Schuldner das Wahlrecht hat, der culpoſe Gläubiger das Uebrige fordern darf (und muß), um ſo mehr hier! Der Einwand, man habe ſich durch eigene Schuld den Empfang des andern unmöglich gemacht, würde theils zu viel beweiſen, theils nach römiſch civiliſtiſcher Anſicht ohne Grund ſeyn: zu viel, weil er noch in höherem Grade im Falle der L. 55. gelten müßte, und ungegründet iſt er, weil derjenige, welcher zerſtört, dafür durch hoch berechnete aestimatio büßt, an deren Statt aus civiliſtiſchen Gründen nicht Verluſt des Wahlrechts treten könnte. Auf Zerſtörung ſteht die gehörige Buße, alle andern Rechte bleiben ungekränkt, und es kann mithin der Creditor, welcher jene präſtiren will, nicht zu einer andern genöthigt werden. Auch dem Schuldner kann ſeinerſeits nicht

erlaubt seyn, den Werth des Vernichteten dagegen zu bieten, weil er das Wahlrecht nicht hatte; so daß die unter II. 1. A. a. gegebenen unterstützenden Argumentationen aus der Affection, welche nur dem Wählenden zu Statten komme, hier umgekehrt für den wählenden Gläubiger sprechen, was selbst durch die Analogie des Falls unterstützt wird, wo auch dem culposen Schuldner vermöge seines Wahlrechts, eben so wie hier dem culposen Gläubiger noch ein Recht aus seinen Affectionen gestattet wird. — Zwischen verschiedenem Werthe des vernichteten Objects zu unterscheiden, ist hier irrelevant, indem der Creditor unbedingt wählen kann. Entscheidet er sich dafür, daß ihm die Vernichtung als Empfang angerechnet werde, so ist alles im Reinen, wählt er dagegen das Vorhandene, so fragt es sich, wie hoch seine Ersatzpflicht gehe? Die Berechnung unsrer L. 55, welche auf den Werth dessen Rücksicht nimmt, was der Schuldner nun herauszugeben, also zu verlieren, genöthigt ist, muß hier wegfallen, indem der Creditor dieses Object schon vermöge seines Wahlrechts auch bei Existenz beider fordern kann. Mithin zahlt der Creditor nur so viel als (nach aquil. Berechnung) das allein in Frage gestandene Object betrug.

Dieses Resultat nun, daß dem Gläubiger auch bei culposer Vernichtung des Einen Objects wo möglich sein Wahlrecht bleibt, habe ich hier nach der bisher immer verfolgten Methode erwiesen, aber einstweilen absichtlich verschwiegen, daß es oben unter 2. A. a. schon auf andere Weise dargethan war, wo sich nämlich ergab, daß nach der mora des zur Wahl berechtigten Schuldners der das Eine vernichtende Gläubiger nun dieses Recht der Wahl zwischen Compensation oder Hinnahme des Vorhandenen gegen Ersatz des Zerstörten erhielte, aber auch schon durch jene mora überhaupt zum wählen befugt wird, wodurch also der Fall zu dem unsrigen wurde, und auf diese Weise die auf verschiedenem Wege gefundenen Resultate vollkommen harmoniren, und so die sicherste Probe ihrer Richtigkeit gewähren. — Gegen alles dieses kann die schon

S. 22. folg. erklärte L. 105. de V. O. um ſo weniger angeführt werden, als ſie nur vom Schuldner, dem das Wahlrecht zuſtand, ſpricht, wie ſich ſchon daraus ergiebt, das die einſeitige Wahl deſſelben den Creditor in moram accipiendi bringen kann.

b) Beide Objecte gehen unter, und zwar

α) zu verſchiedenen Zeiten indem

A) das erſte vom Creditor das andere zufällig vernichtet wird. — Da der Creditor nach der eben gegebenen Ausführung bei Exiſtenz des zweiten ſich das erſte ſtatt Erſatzes anrechnen laſſen konnte, ſo vermag dieſes auch des zweiten Untergang nicht zu ändern; ſein Recht aber, ſtatt jenes dieſes zu fordern, iſt nun freilich erloſchen mithin iſt er auf die Compenſation reducirt, und die gegenſeitigen Klagen hören auf. —

B) Beide vernichtet der Gläubiger culpos. — Da er das zweite wählen durfte, wenn er das erſte bezahlte, ſo konnte er es unter dieſer Bedingung auch vernichten: da er ſich das erſte für empfangen anrechnen laſſen durfte, ſo kann der Schuldner für das zweite nur Erſatz fodern; es folgt alſo, das jener nur das Wahlrecht hat, für welches von beiden er Entſchädigung geben wolle, entſprechend dem Grundprincip, daß man durch culpoſe Zerſtörung wo möglich ſein Wahlrecht nicht verliert. Nach derjenigen Theorie, welche das zuerſt Vernichtete dem Empfang gleich ſtellt, wäre hier der Gläubiger genöthigt, das zweite zu erſetzen, wiewohl hierin kein Diſſens entſtehen könnte, daß auf allen Fall nicht der Schuldner Erſatz des erſten fordern dürfte.

C) Der Creditor vernichtet das Eine, nachdem das andre ſchon vorher durch Zufall untergegangen. — Hier hat der Creditor nur ſich ſelbſt geſchadet, welcher nach caſuellem Untergange des erſten auf das zweite reducirt war, wofür er aber auch natürlich keinen Erſatz gibt.

β) Beide Species gehen zu gleicher Zeit durch des Gläubigers Schuld unter. — Da verſteht es ſich nun, daß derſelbe eben ſo wie wenn er es zu verſchiedenen Zeiten gethan, die Wahl behält, wofür er einſtehen will.

III.

Complicirte Fälle, bei welchen Culpa auf beiden Seiten, alſo auch ſtets vom Untergange beider Objecte die Rede iſt.

Dies führt zu folgenden Eintheilungen.

1) Wahlrecht des Schuldners.

A) Der Schuldner vernichtet das Eine, dann der Gläubiger das andere Object — mithin dasjenige, was er allein noch zu fordern hatte. Kann aber auch der Schuldner keinen weitern Anſpruch machen? Nach II. 1. A. a, hätte er ſtatt des letzten noch den Werth des erſten geben können, wenn ſolcher wenigſtens dem des Vorhandenen gleich kam; wollte er demnach in dieſem Falle von dem Creditor Erſatz deſſen fordern, was dieſer ihm nicht entreißen durfte (des letzten): ſo würde dieſe aestimatio mit dem was er dagegen geben müßte, dennoch compenſiren.

B) Erſt vernichtet der Gläubiger, dann der Schuldner. — Ehe letzteres geſchah, war unſer Fall der der L. 55 adleg. Aq. Der Gläubiger konnte das letzte fodern, wenn er das erſte bezahlte, der Schuldner aber konnte durch den Nachlaß der Entſchädigungsforderung das Vorhandne ſich erhalten, alſo unter dieſer Bedingung auch zerſtören. Mithin hängt es von dem (urſprünglichen) Schuldner (zu deſſen Vortheil wegen ſeines Wahlrechts dieſer vom Gläubiger nicht in Anſpruch zu nehmende Begünſtigung gegeben war) ab, ob die Klagen gegenſeitig aufhören ſollen, oder ob er durch die aestimatio der erſten mehr zu gewinnen glaubt, als er für das zweyte hingeben müßte. So z. B. wird dies im Falle der L. 55 nicht Statt finden: hier tödet der Gläubiger den 10 werthen Stichus, verurſacht aber nach der dortigen (heut zu Tage noch geltende) Berechnung einen Schaden von 20 (weil der Schuldner nun auf den 20 (werthen Pamphilus belangt werden kann); tödtet dieſen der Schuldner, oder ſtirbt er nach mora solvendi, ſo hat auch der Gläubiger eine Forderung auf 20 und beides compenſirt ſich. Darum ſagt L. 55 „si et Pamphilus de

cesserit sine mora“ denn nur da bleib die einmal begrün dete Entſchädigungsklage des vorigen Schuldners dennoch bei Kraft (obgleich er den Pamphilus nicht mehr dagegen geben konnte), während ſie ſich nach ſeiner mora durch die Gegenforderung aufhebt. Tödtet aber der Creditor den Pamphilus, der Schuldner darauf den Stichus, ſo kann dieſer auf 20 klagen und iſt nur 10 ſchuldig (den auch die Exiſtenz des Pamphilus konnte das Intereſſe des Creditors nicht erhöhen, da er das Wahlrecht nicht hatte), mithin compenſirt es ſich nur auf 10.

C) Der Gläubiger vernichtet das Eine, der Schuldner das andere zu gleicher Zeit. — Indem der Schuldner wählen durfte, konnte der Gläubiger keines von beiden eigenmächtig zerſtören, muß mithin das Vernichtete bezahlen, wenn ihm der Schuldner das andere offerirt (II. 2. A. a). Da dies aber der Schuldner in demſelben Momente auch vernichtete, ſo vermogte er nur gegen Erſtattung der aestimatio dieſes letzten den Gläubiger auf Zahlung des andern zu belangen (wodurch Compenſation der gleichen Summe entſteht), inſofern er es nicht verzog (nämlich bei minderem Werthe des vom Creditor Zerſtörten) dem geweſenen Gläubiger das von ihm Vernichtete als empfangen anzurechnen; weshalb ſich dieſer Fall ganz eben ſo wie der vorhergehende unter B. entſcheidet. — Da hier vom Zuſammentreffen in einem Momente die Rede iſt, ſo kann man auch eben ſo gut das Raiſonnement umgekehrt ſtellen; nämlich weil der Schuldner das Wahlrecht hatte, ſo durfte er das Eine zerſtören, ſofern nur noch das andere zur Befriedigung da iſt; machte ſich der Gläubiger deſſen Empfang zu gleicher Zeit ſelbſt unmöglich, ſo kann er weiter nichts fodern, muß aber, wenn er es ſich erlaubte, das mehr Werthe zu zerſtören, dieſes plus herausgeben, wodurch wir denn wieder zu demſelben Reſultate gelangen.

2) Wahlrecht des Gläubigers.

A) zuerſt vernichtet der Schuldner, dann der Gläubiger. — Da letzterer vor ſeiner That zwiſchen dem zweiten

Objecte oder der aestimatio des erſten wählen konnte (II. 1. B. a.); ſo kann er nun jenes zweite ſich für empfangen anrechnen laſſen, aber auch der bisher durchgeführten Anſicht gemäß dieſes bezahlen und jene aestimatio dagegen fordern, natürlich auf dem Wege der Compenſation, den der Gläubiger nur einſchlagen wird, wenn er noch etwas heraus erhält, während dort die Forderungen beiderſeits erlöſchen.

B) Der Gläubiger geht dem Schuldner voran. — Hier ſteht es erſterem wider frey, ob er Zahlung für das von ihm Zerſtörte geben, dagegen für das letzte, welches er unter jener Bedingung in natura fodern konnte, von dem culpoſen Schuldner Entſchädigung verlangen, oder ob er ſeine Zerſtörung für Empfang gelten laſſen, mithin nichts erſtatten will, in welchem Falle der Schuldner das andere ohne Verantwortung vernichten durfte.

C) Die culpoſe Vernichtung von beiden Seiten fällt auf einen Moment. — Da die Entſcheidung für A, wo des Schuldners Culpa voran, für B, wo ſie nachfolgte, auf gleiche Weiſe ausfiel, ſo muß ſie auch hier, wo jene Culpa mit der des Creditors zuſammentrifft, dieſelbe ſeyn, mithin dieſem das Recht geſtatten, entweder die Sache ganz beruhen zu laſſen, oder ſo viel herauszufodern, als der Werth des vom Schuldner Vernichteten die aestimatio des von ihm ſelbſt Vernichteten überſtieg. —